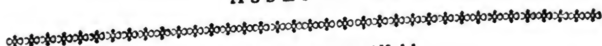
57

52

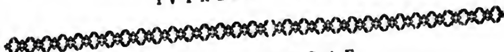
OBSERVATIONES
DE
FRVCTV ET EFFECTV NEGOTII INVTILIS NVLLIVS ET IMPERFECTI

AD L. XXXIIII. PR. D. DE LEGAT. I.

QVAS
PRAESIDE
CHRISTOPH. LVDOV. CRELLIO ICTO
POTENTISSIMI REGIS POL. ET PR. ELECT. SAXON
CONSILIARIO AVLICO DIGEST. VET. P. P. ORDINARIO
CVRIAE PROVINCIALIS ET SCABINATVS
ITEMQVE ORDINIS IVRIDICI
ASSESSORE



AD DIEM XI. IVLII
A. Q. S. P. EST CIↃ IↃCC L
IN AVDITORIO ICTORVM
DEFENDET
IO. CAROLVS CHRISTIANVS REDSLOBIVS
IVTREBOCA SAXO



VITEMBERGAE
EX OFFICINA SCHEFFLERIANA



L. XXXIIII. Pr. D. de Legat. I.

VLPIANVS LIB. XXI. AD SABINVM.

Plane, ubi transferre uoluit legatum in nouissimum, priori NON DEBEBITVR; *tametsi nouissimus talis sit, in cuius persona legatum* NON CONSTITIT.

I

ODIVM NVLLITATIS
FAVOR IMBECILLITATIS

Ita quidem a natura facti et procreati sumus, ut animus hominis, nisi suffocatus et oppressus, diu torpere et quiescere non posse uideatur; sed semper MOLIATVR aliquid et efficere studeat, ex quo SPEM aliquam VTILITATIS FVTVRAE concipiat, et fructum quendam uel ipse capiat, uel ad posteros transmittat. Hoc consilio senex ille, apud STATIVM in *Synephebis*, [a] cum otiari omnino non posset, in extre-

[a] Cic. de Senect. cap. 7.

extrema aetate, ferebat arbores fſeculo futuro et poſteritati profuturas, quamuis intelligeret, fructum illarum ad ſe non peruenturum eſſe. Ipſa etiam diuina et perfectiſſima natura, ſine ullo ſuo incommodo, ſemper aliquid efficit et procurat, nunquam NIHIL agit, [a] ſed, quae procreata ſunt, fouet, recreat, exornat et confirmat, ut perdurare et FRVCTVM oſtendere et ſpem utilitatis communis PROVENTV ſuo augere et amplificare poſſint. Illud ſtudium efficiendi aliquid, quod fructu non careat, per totam naturam, quae uiuit et ſpiritum ducit, ſparſum eſt, ut, niſi aliquid egerint, animalia ne uiuere quidem iudicentur. Vrſi etiam lambunt catulos et auiculae foetus ſuos infirmos et debiles, cibis ore collatis et inter illos diuiſis, nutriunt, algentes fouent, in diſcrimen adductos anxie et cum ſtrepitu ac ſummo ſuo periculo defendunt, NE FRVSTRA LABORAVERINT, neue NIHIL EGISSE cenſeantur. [b] Generaliter, quod M. TVLLIVS [c] docet, BESTIARVM IN FOETV et educatione LABOREM cum cernimus, NATVRAE IPSIVS VOCEM uidemur audire, cum ipſa natura nos admoneat, ne illud, quod coepimus, IRRITVM ESSE et FRVCTV CARERE patiamur. Ex hoc fonte deriuata eſt illa CASSII ICti et iudicis omnium opinione ſapientiſſimi iuſtiſſimique formula, qua in omnibus iudiciis utebatur, cum ſaepius interrogaret partes litigantes, CVI BONO fuerit; quaſi homo ſanus nihil moliri poſſit ſine SPE FRVCTVS et uel SVAE, uel COMMVNIS etiam VTILITATIS. [d]

OMNES igitur laboramus, non ſolum ut efficiamus aliquid, ſed etiam ne NVLLVM et IRRITVM ſit, quod effecimus, neue res FRVCTV illo careat, cuius ſpe et expectatione ad laborem acceſſimus. Hoc IVLIANVS et VLPIANVS intellexerunt, qui, etiam a ICto, ſemper in ambiguo ita interpretationem faciendam eſſe, aiunt, VT RES POTIVS VALEAT, QVAM PEREAT, neue NVLLA atque IRRITA dicatur, illamque ſententiam in du-

a Cic. I. de Natura Deor. 36.
b Quinctil. Inſt. Orat. Lib. II. cap. I.
c Cic. III. de Finib. 19.
d Cic. pro S. Roſc. Amer. Cap. 30. 31. pro T. Ann. Mil. cap. 12. et in Orat. Philippica II. c. 14.

dubio eligendam esse, quae APTIOR REI GERENDAE atque ad SVSTINENDVM NEGOTIVM accommodatior esse uideatur. *l. 67. D. de Reg. Iur. et l. 80. D de Verb. Oblig.* LABORAMVS igitur, ne quisquam facile, qui negotium contraxit, NIHIL EGISSE, neue operam omnino perdidisse, censeatur. Hoc est, quod ueteres dicebant, nullitates in iure esse odiosas, cum scirent abhorrere iudices ab illa sententia, qua negotium susceptum omnino IRRITVM et NVLLVM declaretur, illosque potius operam dare, ne res, bona fide gesta, careat fructu et prospero euentu. Omnes certe, si eundem VLPIANVM audias, qui negotia contrahunt, SERIO EGISSE, quod egerunt, et illius rei, quam attigerunt, FRVCTVM aliquem habere uoluisse iudicantur. *l. 31. §. 20. D. de Aedil. edict.* Quae cum ita sint, non solum ignoscimus NOTARIIS, sed ipsos etiam laudamus, si, quamuis non admoniti, instrumentis contractuum clausulas adiiciant, quibus negotium susceptum confirmetur; cum, ex COMMVNI OMNIVM HOMINVM VOTO, cauere debeant, ne res coram ipsis gesta INVTILIS sit, et NVLLA aut IRRITA dicatur, *arg. d. l. 31. §. 20. D. de Aedilit. Edict.*

ACCEPISTI, ex quibus caussis odiosae sint nullitates Magistris diuinae artis nostrae, et cur iudices operam dare soleant, ne res inter partes gesta et contracta prorsus infructuosa sit, et euentu destituatur; quandoquidem IRRITA illa et INVTILIA NEGOTIA propemodum ipsa hominum natura auersatur. Sed ex hoc quidem ODIO NVLLITATIS non difficile iudicabitur, cur, e contrario, negotiis INFIRMIS atque MANCIS et IMPERFECTIS FAVEAMVS potius, NE PRORSVS CORRVANT et INFIRMENTVR. Eleganter PAVLLVS noster obseruauit, publice damnosum esse, si negotia bona fide gesta facile impugnentur atque rescindantur, cum FIDES COMMERCIORVM corrumpatur, et multi deterreantur, ne nobiscum contrahant, si praeuideant tam facile infirmari negotia, quorum fide et uirtute omnis conuictus et societas hominum communis continetur. *l. 12. §. 1. D. de Administr. et pericul. tutor.*

IGI-

IGITVR sustinemus etiam imperfecta negotia, ipsisque, si fieri hoc ulla ratione possit, FRVCTVM quendam et EFFECTVM tribuimus, ne partes contrahentes nequicquam studium et operam consumsisse et perdidisse iudicentur. Ex hac caussa LEO et ANTHEMIVS militiam illam togatam ADVOCATORVM in tanto pretio habendam esse censuerunt, cum hi quidem, defensionis suae uirtute, LAPSA erigant, FATIGATA reparent, et laborantium SPEM, uitam et posteros defendant *l. 14. C. de Aduocat. diuersor. iudicior.* Haec est fragilitatis humanae miseratio, quam PLINIVS[a] cuiusque honestissimi uiri animum subire ait, ut faciles et proni simus ad opitulandum, si quid INFIRMITATE sua collabi et corrumpi uideamus. Haec est memoria illa humanae conditionis, quam MODESTINVS commendauit, et, qua impulsi, facile ignoscimus IMBECILLITATI aliorum, illamque, si res ferat, corrigimus aut confirmamus *l. 27. pr. D. de Conditionibus Institut.* Enim uero recte PAVLLVS noster, quem saepius laudaui, illud legatum, quod ad alimenta aetatis INFIRMAE relictum sit, AD HONOREM ciuitatis pertinere docet; cum haec Magistratuum et ciuitatum praecipua cura esse debeat, ut DEBILIBVS et INFIRMIS succurrant. *l. 122 pr. D. de Legat. I.*

TANTVM igitur est ODIVM NVLLITATIS, tantus IMBECILLITATIS FAVOR, ut negotia etiam DEBILIA et IMPERFECTA sustineamus, et omnes boni ad opem ferendam conuocent, si quis IMBECILLITATE lapsus et deceptus esse uideatur. In hac re obtemperandum est VOCI NATVRAE:

O maior tandem parcas, insane, minori.[b]

Videmus etiam animalia et bestias foetibus infirmis parcere, ne pereant, donec egredi et circumuolare et libero tandem coelo suaeque fiduciae permitti possint.[c] Inuitamur certe et accendimur, occulto quodam stimulo naturae ad ferendam opem, si quid infirmitate sua corruat; cum illa FRACTA et INFIR-

a Plin. III. Epist. 7.
b Horat II. Serm. 3 uers. 325.
c Quinctil. Institut. Orat. Lib. II. cap. 7.

FIRMA magis omnino opis alienae indigeant, quam quae per se ualida sunt et perfecta et ipso uigore uirium satis sustinentur. Etiam Barbari misericordiae quodam sensu attinguntur, si uideant, in ipso feruore uictoriae, neque INFIRMIS parci, neque mulieribus, neque INFANTIBVS, neque aetate et senio confectis, quod IVLIVS CAESAR obseruauit.[a] Omnes enim boni honorificentius esse credunt pepercisse, cum perdere potuisses, quam perdere, cum parcere omnino potuisses.[b] Saepius igitur uidemus accidere, ut quibusdam non minus prosint sua CALAMITAS et res afflictae, quibus omnes boni opem ferre student, quam aliis prosperi successus, quos plerumque odium et inuidia sequitur. Optime M. TVLLIVS illos, qui INFIRMITATE aliqua lapsi sunt, non tam animaduersione et ultione quadam dignos, quam uel MISERANDOS esse potius, uel IRRIDENDOS, iudicauit.[c] Nimirum multae nos caussae impellunt, ut infirmitati facile parcamus. Ipsa recordatio tot offensionum et errorum, quibus quilibet bonus interdum lapsus est, nos docet, ut in aliis feramus, quod in nobis olim ferri ac tolerari uoluimus: ipsa etiam MISERATIO blandius, quam ira et indignatio, nos afficit: multi, quia se propius ad perfectionem accedere existimant, sibi plaudunt atque gratulantur et sensu quodam tacitae uoluptatis emolliti infirmioribus ignoscunt: denique, cum infirma ac IMPERFECTA negotia, si M. TVLLIO credimus,[d] plerumque CONATVM rei maioris contineant, et spem futuri temporis ostendant, etiam INFIRMA et sublapsa potius subleuanda quam destruenda esse iudicamus. Humanissime APOLLINARIS SVLPICIVS apud Gellium[e] adolescentem quendam, qui sermonem eruditorum hominum de Catone interpellauerat et sua immiscuerat, LAVDAVIT, quod auditiuncula quadam de Catonis familia adspersus fuerit, quamuis ignoraret caput eius controuersiae, quam illi agitabant.

IGNO-

a Iul. Caesar. VII. de Bell. Gall. 28.
b Cic. pro Quint. c. 16.
c Cic. I. de Orat. c. 37.
d Cic. in Orat. cap. 29. in fin.
e Gellius XIII. Noct. Attic. 19.

IGNOSCIMVS igitur infirmitati aliorum, et interdum CVM VOLVPTATE in illam intuemur. Enim uero FABIVS QVINCTILIANVS [a] ad officium oratoris pertinere ait, ut interdum COMMENDET INFIRMITATEM illius, quem defendit. In INFANTIBVS certe hoc maxime AMABILE censetur, si, annis adhuc innocentibus, DIMIDIATA uerba tentant; cum uoces eorum, ipso offensantis linguae fragmine, DVLCIVS aures afficiant, et iucundiores esse censeantur. [b] Hinc profectum est illud apud ueteres:

Heu miserande puer - - - [c]

et

- - - miserabilis infans. [d]

qua appellatione affectum, quo ipsa infirmitas nos trahit, prodiderunt. Ex eo fonte profluxerunt lacrymae illae, quibus parentes subinde infantes DVLCISSIMOS,[e] INNOCENTISSIMOS,[f] MELLITISSIMOS,[g] INCOMPARABILES,[h] et si qua spes maior emicuisset, pueros SAPIENTES,[i] et SVPER AETATEM NOBILISSIMO INGENIO PRAEDITOS,[k] SIMILES DEO,[l] NON SINE DIS ANIMOSOS [m] defleuerunt, quod antiqua marmora testantur. Neque alia ratione motus est PAVLLVS, ut RVSTICITATI quorundam parcendum esse iudicaret. *l. 2. §. 1. D. si in ius uocat. non ier.* cum et haec prodat uel infirmitatem animi, uel consuetudinis uitium, quod interdum culpa uacat.

Ex-

a Quinctil. Instit. Orat. Lib. IIII. c. 1.
b Minuc. Felix in Octauiano cap. 2.
c Virgil. VI. Aeneid. uers. 882. et X. Aeneid. uers. 825.
d Ouid. Epist. 7. uers. 135.
e Gruter. Op. Inscr. Tom. I. p. 704. n. 8. p. 535. n. 4. p. 629. n. 7. p. 681. n. 2 p. 710. n. 3.
f Id. Tom. I. p. 671. n. 13.
g Id. Tom. I. p. 675. n. 13.
h Id. Tom. I. p. 682. n. 9.
i Id. Tom. II. p. 1057. n. 2. p. 1055. n. 4.
k Id. Tom. II. p. 1037. n. 7.
l Id. Tom. I. p. 717. n. 11.
m Horat. III. Carm. 4. uers. 20.

Extremo, ne quid omittam, ipsa natura, quae in minimis maxima est, quaedam animalia et opera debilia et infirma edidit, non, ut contemnantur et opprimantur, neque ut prorsus INVTILIA et INFRVCTVOSA sint, sed ut ipsa foueantur et, quamuis imperfecta sint, tamen aliquando prosint et pariant aliquam utilitatem

II

NVLLVM ET IMPERFECTVM
DVPLICI SENSV ACCIPITVR.
QVAE PLENVM AFFECTVM VOLVNTATIS NON HABENT
PRORSVS NVLLA SVNT ET INFRVCTVOSA.
NEQVE TAMEN RES NVLLA ESSE PRAESVMITVR

Satis, credo, comprobauimus, odiosas esse nullitates, quas dicunt, et, si qua fieri hoc possit, negotia etiam IMPERFECTA et INFIRMA sustineri. Neque tamen hoc perpetuum est. Igitur, ne quis labatur, expediamus, QVO SENSV quaedam NVLLA et IMPERFECTA appellentur. Generaliter enim, quae uel uim nullam habent, uel postea illam perdunt, NVLLA, IRRITA, NON RATA, CADVCA, INVTILIA dicuntur, quod BARNABAS BRISSONIVS notauit. [a] Sed apparet, haec esse diuersi generis: quaedam enim NVLLA et IMPERFECTA sunt, quia, quod DECIVS Imperator ait, PLENVM AMIMI AFFECTVM NON HABENT. *l. 3. C. de acquir. et retin. poss.* Hoc est, quae magis coepta sunt, quam expedita, et quae conatum et umbram rei, quod M. TVLLIVS notat, [b] magis, quam rem ipsam, continent, ut nondum constet de SERIA VOLVNTATE illorum, qui negotium gerendum susceperunt; quaedam, contra, seria quidem uoluntate gesta sunt, sed ita tamen, ut FRVCTVS PLENVS NEGOTII IMPEDIMENTO QVODAM INTERCIPIATVR.

B Sed

a Brisson. de Formulis Lib. I. n. 167.
b Cic. in Orat. cap. 29. in fin.

Sed illa quidem, de quibus primo loco diximus, QVOD PLENVM ANIMI AFFECTVM NON CONTINEANT, etiam INFIRMA et NVGATORIA dicuntur. [a] Tractauerunt eiusmodi speciem SERVIVS et VARVS et LABEO et IAVOLENVS. *l. 25. D. qui testam. fac. poss.* Disputant enim de testatore, qui, cum testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, PRIVS QVAM SECVNDOS EXPRIMERET HEREDES, OBMVTVISSET: sed SERVIVS et LABEO responderunt, COEPISSE illum magis testamentum facere, quam fecisse, ideoque illud nullum, nec heredes primos omnino heredes futuros, dummodo constaret, testatorem plures heredes pronunciare uoluisse. Habes testamentum, in quo incertum est, ad quos uelit testator HEREDITATEM TOTAM peruenire. Illa enim demum ultima uoluntas plena appellatur, ex qua apparet,

- - - QVID PRIMA SECVNDO
CERA VELIT VERSV, SOLVS, MVLTIS NE COHERES. [b]

Igitur, si plures nuncupare uoluit testator, non uidetur plene significasse, ad quem uelit uniuersitatem rerum suarum transferri. Quamuis enim intelligatur, quod partem aliquam hereditatis ad heredes primos pertinere uoluerit, tamen quotam partem hereditatis testator heredibus primis destinauerit, hariolari nemo potest, nisi omnibus coheredibus a testatore nominatis. Huic non dissimile est illud, quod IVSTINIANVS habet, cum testator uellet quidem testamentum facere, sed morbi acerbitate ita affectus esset, ut neque scribere posset neque articulate eloqui nomina heredum: hunc enim magis PRO MORTVO HABENDVM esse censuit IVSTINIANVS *l. 29. C. de testam. et quemad.*

ITAQVE intelligis, si de plena uoluntate agentis non constiterit, actum OMNINO NVLLVM et IMPERFECTVM esse, ut sanari penitus aut interpretatione sustineri nequeat, ideoque INFRVCTVOSVM ESSE, quicquid molitus fuerit testator. Sed oppor-

a Cic. pro A. Caecina cap. 23.
b Horat. II. Serm. 5. uers. 53. 54.

opportune addit Labeo, tunc hoc uerum esse, si constet, plures eum heredes nuncupare uoluisse *d. l. 25. D. qui testam. fac. poss.* ex quo loco cognoscimus, non facile praesumi negotium omnino nullum, sed constare debere, quod uoluntas non fuerit perfecta. Vlpianus enim auctor est, etiam tribus uel quinque uerbis; Lucius heres esto, fieri testamentum posse, si nullo probabili indicio prodatur, plura adiicere uoluisse testatorem. *l. 1. §. 3. D. de Hered. Inst.* At uero magis generaliter Iulianus et Marcellus in ambiguo illam interpretationem praeferunt, per quam uoluntas obscura sustinetur. *l. 12. et 24. D. de Reb dub.* Et si res aliter extricari non possit, Paullus, ex consuetudine testatoris et regionis coniectura probabili eruendum esse, ait, de quo senserit testator. *l. 18. §. 3. D. de Instruct. uel. instrum. legato.*

Qvae cum ita sint, apparet, in ambiguo quidem plenam, non imperfectam, uideri testatoris uoluntatem; sed, si plane intelligi nequeat, omnino nullam et infructuosam esse. Hinc Traianus rescripsit Statilio Severo, quod etiam in testamento militis utique constare debeat, testatorem, conuocatis hominibus, facere omnino uoluisse testamentum, cum ipsorum testatorum intersit, ne illa, quae obiter dicta sunt, temere pro testamento militis accipiantur, et uera illorum iudicia iocoso forte sermone, qui ipsis aliquando exciderit, subuertantur. *§. 1. Inst. de Testam. milit.* Eandem rationem etiam Vlpianus secutus est, qui, duobus testamentis conditis, prius ualere ait, si posterius non sit perfectum *l. 2. D. de Iniusto rupt.* cum imperfecta uoluntas posterior ne quidem sufficiat ad prius testamentum reuocandum

Vides igitur, ne in testamentis quidem, quorum maximus fauor est, imo uero, ne in testamento militis quidem, quod multis priuilegiis sustinetur, ratum esse, quod testator dixit, nisi constet de uera testatoris uoluntate, idque constitutum esse, ne falsa et iocosa iudicia pro ueris temere accipiantur. Sed his quidem talibus nulla afferri medicina potest, ideoque ea prorsus infructuosa sunt, et quasi nunquam facta

pro nullis et irritis habentur. Vnum tamen admonendum est, in testamentis non praesumi illàm nullitatem, neque probabile esse, quod testator in tanto solennitatis apparatu NIHIL AGERE uoluerit et in ipso mortis articulo nugari. Hinc IMPOSSIBILEM etiam CONDITIONEM, sub qua heres institutus est, PRO NON ADIECTA potius habemus, et institutionem quasi puram accipimus, ne testator nugatus esse iudicetur *l. 1. 6. et 20. D de Condit. Instit.* Contra, ut diximus, si manifestum sit, actum fuisse NVGATORIVM et imperfectum, aut contraria et inter se pugnantia continere, nihil actum iudicamus. Igitur negotiis inter uiuos, iisque minus solennibus, in quibus facilius iocum admittimus, NIHIL omnino ACTVM dicitur, et tota res inutilis uidetur, si IMPOSSIBILIA aut inter se pugnantia negotio contineantur, quod MAECIANVS obseruauit *l. 31. D. de Oblig. de action.*

III

NEGOTIVM IMPERFECTVM
QVOD PLENAM VOLVNTATEM CONTINET
SI LEGE PROHIBENTE SVSCEPTVM SIT
AVT PER IVRIS IGNORANTIAM CORRVPTVM
ALLEGANTI NON PRODEST
INTERDVM TAMEN TERTIO.
HAEC NEGOTIA NONNVNQVAM
CONTRA VOLVNTATEM AVCTORIS
INTERPRETAMVR.

Exposuimus de uoluntate imperfecta, quae non plenum affectum habet, adeoque irrita est et nugatoria, et fructu caret. Sed haut paulo secius de illis iudicandum est, in quibus APPARET quidem, de QVO illi, qui negotium contraxerunt, SENSERINT, alio autem impedimento infirmantur, ut plenum omnino fructum non habeant, neque respondeant illius, qui negotium suscepit, uoluntati. Haec talia enim uel propter LEGIS PROHIBI-

HIBITIONEM non ſubſiſtunt, et TVRPITVDINEM aliquam continent, aut certe iuris ignorantiam produnt, quae et ipſa turpis eſt, uel alio defectu et uitio debilitantur. Prius igitur de his uideamus, quae TVRPITVDINEM aliquam continent, et uel lege prohibente facta ſunt, uel IVRIS IGNORANTIAM et contemtum indicant. Sed diſputatione uix indiget, quae TVRPITER geſta ſint, auctori ſuo non prodeſſe, neque credendum eſſe illi, qui propriam turpitudinem alleget. Hoc enim LABEO, PAVLLVS, MARCELLVS atque VLPIANVS tradiderunt. *l. 2. et 4. D. de Condict. ob turp. cauſſ.* Sed luculentius Imperatores THEODOSIVS et VALENT. omnia, quae LEGE PROHIBENTE contracta ſint, non ſolum INVTILIA, ſed etiam PRO INFECTIS HABENDA ESSE, praeceperunt, quamuis ipſi legi prohibenti non adiecta ſit poena nullitatis. *l. 5. C. de Legib.* Haec igitur auctori ſuo non proſunt, neque ullum fructum, neque actionem pariunt, ſed, quantum ad auctorem turpis negotiii attinet, PRO INFECTIS penitus accipiuntur. Ante aliquot annos ex uicina quadam Academia ICtis Vitembergenſibus oblata eſt eiusmodi ſpecies, in qua caupo, contra Statuti prohibitionem, hoſpiti et conuictori ſuo ultra menſis ſpatium fidem habuerat de pretio pro alimentis menſtruis promiſſo. Conſtitutum enim erat, ne adoleſcenti Studioſo pretium alimentorum et conuictus ultra menſem crederetur. Caupo, qui per integrum annum alimenta dederat, pretio non exacto, anni integri pretium poſtulabat. Reus excipiebat, ſe NVLLITER, hoc eſt, nequicquam epulatum eſſe, cum LEGE PROHIBENTE ſibi fides habita fuerit a caupone Actor inuocabat Deorum et hominum fidem, ſeque ex penore conſumto ſatis intelligere clamitabat, quod non NVLLITER, ſed VERE et LAVTE epulatus ſit conuictor ſuus. Nos autem actorem ab actione repulimus, quia fidem habuerat hoſpiti contra legem prohibentem, et quia infectum uidebatur illud negotium, quod propriam turpitudinem actoris contineret, ideoque ipſi in iudicio prodeſſe non poſſet. Ita reus opimam praedam, decem menſium alimenta gratis, nullo pretio exſoluto, abſtulit.

NIHIL igitur AGIT, qui CONTRA LEGEM PROHIBENTEM aliquid negotii molitur; sed hactenus duntaxat, ut ipsi auctori non prosit, quod gestum est; cum ex aduerso CONTRA IPSVM turpitudo eius efficaciter omnino allegetur, et ipse etiam de damno farciendo teneatur. Hoc enim iure utimur in omnibus delictis, et luculenter illud docent PAVLLVS, IVLIANVS atque VLPIANVS. *l. 1. et 2. D. de Condict. ob turp. causs.* Elegantissime hoc CASSIVS et PAVLLVS obseruarunt. Si quis enim DOLO renunciauerit societati, hic quidem socium a se, non uero se a socio, liberabit, sed communicare lucrum cum socio debebit, lucro autem, quod socius postea acquisiuerit, carebit. *l. 65. §. 3. D. pro Socio.* Hic igitur dolosam renunciationem allegare non poterit, si socius lucrum commune petierit, sed contra ipsum socius efficaciter excipiet de renunciatione facta, si ipse lucrum postulauerit, quod socio postea obuenit. Non multum uero ab his recedunt, quae per ignorantiam IVRIS et neglectis substantialibus partibus a lege praescriptis etiam temere suscepta sunt. Haec enim ipsa etiam TVRPITVDINE NON CARENT. PAVLLVS certe IVS IGNORARE NON PERMITTIT. *l. 1. D. de iur. et fact. ignor.* et PAPINIANVS, IGNAVIAM suam praetexentes non audiendos esse, ait, *l. 78. §. 2. D. de Leg. II.* et IVSTINIANVS, DESIDES HOMINES AC IVRIS CONTEMTORES ODIOSA EXCEPTIONE REMOVENDOS ESSE, affirmat. *l. 3. in fin. C. de Annal. Except.*

IMO uero, etiam CONTRA VOLVNTATEM contrahentis, qui per iuris ignorantiam solennia neglexit et lapsus est, aut TVRPITER quid fecit, negotium interpretamur. Eo pertinet, quod, si quis, per nouationem, illud, quod alius debebat, sine tutoris auctoritate a pupillo stipulatus sit, REM AMITTAT, cum posterior nouatio, neglecta tutoris auctoritate, sit INVTILIS, ET PRIOR OBLIGATIO PER NOVATIONEM, QVAMVIS NVLLAM ET INVTILEM, SVBLATA SIT, ideoque creditor, neque a priore debitore, qui per nouationem liberatus est, rem suam possit repetere, neque a pupillo, cum quo NVLLITER contraxit, *§. 3. Inst. quibus modis toll. oblig. l. 1. §. 1. D. de Nouat.*

Ex

Ex eadem iuris regula descendunt illa, quae modo de DOLOSA renunciatione societatis diximus, quam CONTRA VOLVNTATEM renunciantis socii ita interpretamur, ut ipsi haec noceat, non socio, quem ipse per dolum a se liberauit *d. l. 65. §. 3. D. pro socio.* In his speciebus creditor et socius idem patiuntur, quod canis ille apud Phaedrum,[a] qui

. . . . carnem dum ferret natans,
Lympharum in speculo uidit simulacrum suum,
Aliamque praedam, ab alio ferri putans,
Eripere uoluit, uerum decepta auiditas,
Et, quem tenebat ore, dimisit cibum,
Nec, quem petebat, potuit adeo attingere.

NOVISSIME ante aliquot menses ICti Vitembergenses caussam non dissimilem tractauerunt. Proponebatur, Cassaniam defunctam PACTA DOTALIA cum marito iniisse, ius autem uariandi et aliter de rebus suis disponendi sibi reseruasse, et postea condidisse testamentum, in quo a pactis dotalibus discesserit, et res quasdam haereditarias, marito antea in pactis dotalibus promissas, heredibus suis reliquisse. Heredes ex testamento hereditatem petierant a superstite marito, sed repulsi erant, quia VITIOSVM erat testamentum et, propter defectus quosdam, pro NVLLO atque INFECTO habitum fuerat. Igitur heredes, mutata actione, EX PACTIS DOTALIBVS illa petenda esse censuerunt, quae in pactis illis, ante testamentum initis, non marito, sed heredibus uxoris assignata erant. Ordo noster quidem etiam ab hac actione heredes depulit, et iussit illos secundum Statuta loci succedere, cum pacta dotalia, reseruato iure uariandi, per testamentum subsequutum, quamuis hoc NVLLVM et IMPERFECTVM fuerit, REVOCATA ESSE CENSEANTVR, ideoque neque ex pactis dotalibus, neque ex testamento, agi possit.

Ioi-

[a] Phaedrus I. Fab. 4.

IGITVR testamentum illud NVLLVM, contra uoluntatem testatricis, interpretati sumus, ut heredes non solum ex testamento nihil acciperent, sed neque ex pactis dotalibus fructum caperent, quem illis sine dubio testatrix reliquisset, si potuisset praeuidere infirmatum iri testamentum suum. In qua re eandem rationem secuti sumus, qua VLPIANVS et IVSTINIANVS usi sunt, *l. 34. pr. D. de Legat. I. et §. 1. Inst. de Ademtion. Legator. et translat.* Hi enim TRANSLATIONEM legati, neglectis solennitatibus, INVTILITER factam, tamen ut ADEMTIONEM LEGATI ualere censuerunt; quando quidem, qui rem Titio legatam in Iauolenum transferre uoluit, certe Titio nuda uoluntate efficaciter adimere uoluit legatum, quamuis, propter solemnitatem neglectam, ipsa translatio legati per se non fructuosa sit, sed inutilis et nulla habeatur. [a] Legatum igitur manebit in hereditate contra uoluntatem testatoris, qui Iauoleno prospicere uoluit, non heredi.

ITAQVE, quae propter ignorantiam Iuris et neglecta solennia pro infectis habentur, aut turpiter facta sunt, tamen aliquando uim quandam et interpretationem accipiunt contra uoluntatem eius, qui negotium suscepit.

NON alienum ab hoc loco est, quod POMPONIVS ait, FRVCTVARIVM, qui usum fructum EXTRANEO CEDAT, NIHIL AGERE, cum ius illud ad personam ipsius restrictum sit, sed PERIRE VSVMFRVCTVM, atque ad proprietarium reuerti *l. 66. D. de Iure dot. vid. l. 15. D. Famil. ercisc.* Vides, cessionem, NVLLO IVRE factam, CONTRA VOLVNTATEM CEDENTIS ita accipi, ac si cedens RENVNCIAVERIT iuri suo, quod LEGE PROHIBENTE in alium transferre uoluit, quamuis ad hunc nihil perueniat ex illa cessione. [b] Eodem iure de FEVDI ALIENATIONE ILLICITA solemus iudicare. Si enim Vasallus in alium transferre Feudum uoluerit sine consensu domini directi, NIHIL ad EMTOREM perueniet, cum uenditio CONTRA LEGEM PRO-

[a] uid. Praesidis Dissertatio: *Quomodo legatum nuda uoluntate adimatur.*
[b] Vinn. in Comment. ad §. 3. Inst. de Vsufruct.

PROHIBENTEM facta PRO NVLLA habeatur; sed ipse feudo PRIVABITVR, quasi RENVNCIAVERIT iuri suo per ILLICITAM uenditionem, *II. F. 44. et 55.* quod etiam Germani nostri probauerunt. *Ius Feud. Al. cap. 26. Ius Feud. Sax. art. 19.* [a]

AB eadem iuris regula profectum est, quod MODESTINVS et PAPINIANVS responderunt: si quis rem, alii legatam, postea DONAVERIT uxori, quamuis INVTILIS sit DONATIO, tamen legati reuocationem inutili illa donatione contineri: ut neque uxor, cui donatum est, neque legatarius rem accipiant, sed haec apud heredem maneat contra uoluntatem testatoris *l. 18. et 24. §. 1. D. de Adimend. uel. transfer. legat.* Idem VLPIANO in mentem uenit. Hic enim *l. 6. D. de Reg. Iur.* eum, qui hereditatem in alium transferre uoluerit, negat HEREDEM FIERI VOLVISSE, quia consilium transferendi cum repudiatione hereditatis coniunctum esse uideatur. Igitur nec ipse heres erit, neque ille, ad quem ius suum transferre uoluit, sed successioni ab intestato locus erit CONTRA HEREDIS VOLVNTATEM.

OPPORTVNE idem VLPIANVS alio loco praecipit, eum, qui testamentum tanquam inofficiosum IMPROBE IMPVGNAVERIT, illud amittere, quod ipsi legatum erat in eo testamento. *l. 8. §. 14. D. de inoffic. testam.* Ex quo loco apparet, querelam inofficiosi, quamuis IRRITA fuerit, et quamuis actor uictus fuerit et depulsus a querela, tamen VIM ALIQVAM HABERE, et efficere, ut actor legato suo excludatur, quod non repudiaturus fuisset, si sciuisset, querelam inofficiosi irritam futuram.

SED de his speciebus deinceps locus erit exponendi.

a Strun. S. I. F. cap. 15. §. 11. n. 16.

IIII

NEGOTIA QVAE DVOS ACTVS PERFECTOS CONTINENT VNA PARTE INTERDVM VALENT EX ALTERA PARTE INFIRMANTVR QVOD LOCVM HABET ETIAM IN NEGOTIIS QVAE AD IVS PERSONARVM PERTINENT.

Accepisti negotia, quae plenum quidem affectum uoluntatis habent, sed propter legis prohibitionem aut defectum solennitatis et ignorantiam iuris infirmantur. Superest, ut de alio impedimento uideamus, quod efficit, ut etiam perfecta uoluntas fructum plenum nancisci nequeat, sed duntaxat ex parte aliqua sustineatur. Hoc accidit in illis negotiis, quae plures actus perfectos continent, quorum quilibet diuersam substantiam desiderat, si uelimus cum ad plenum fructum peruenire. In his igitur, si solennia substantialia, quae ad unam partem requiruntur, deficiant, sed obseruata tamen sint illa, quae ad alterum actum perficiendum pertinent, pars posterior sustinebitur, pars prior nulla et irrita dicetur. Vt, ecce, si quis uelit testamentum condere, quod et heredis institutionem et legata continere debeat, sed quinque testes duntaxat testamento adhibeat, legata, quasi ex codicillo et fideicommisso, efficaciter petentur, heredis autem institutio infirma est; cum haec septem testes desideret, quinque autem sufficiant ad codicillos, legata et fideicommissa.

Quaedam igitur negotia plenam quidem uoluntatem habent, sed pro parte tantum sustinentur, ex altera parte claudicant, et per impedimentum aliquod iuris infirmantur. Haec talia, quamuis regantur perfecta volvntate, tamen in-

IMPERFECTA sunt, et pro parte quidem NVLLA atque IRRITA dicuntur, neque uero PRORSVS INFRVCTVOSA sunt, sed utilitatem aliquam pariunt, FRVCTV autem PLENO, quem contrahentes sibi proposuerant, destituuntur. Vix locus est dubitationi, quin haec negotia claudicantia possint NVLLA et IMPERFECTA appellari. M. TVLLIVS enim illud demum PERFECTVM dicit, quod EXPLETVM est, [a] et omnibus numeris ABSOLVTVM, [b] et cui NIHIL ADDI POSSE uideatur. [c]

IGITVR imperfectum est, quod ex parte aliqua claudicat, et cui aliquid deest ad plenissimam utilitatem. Sed haec IMPERFECTA etiam NVLLA appellantur, quia non implent auctoris sui uoluntatem. *§. 7. Inst. Quibus mod. testam. infirm.* Operae pretium fuerit inuestigare, quem fructum et effectum ex negotio IMPERFECTO expectare posse uideamur. At uero in negotiis quidem, quae ad ius PERSONARVM et FAMILIAE referuntur, quamuis haec, maxime propter sacrorum perturbationem, multas solennitates desiderauerint, tamen liberales fuerunt Architecti legum Romanarum, ut, si haec negotia PLVRES ACTVS PERFECTOS CONTINERENT, ipsa quidem subsistere iudicarentur ex illa parte, QVAE NVLLAM SOLENNITATEM DESIDERAT, quamuis pars altera, propter defectum solennitatis, infirmetur. Bene enim apud CATONEM scriptum esse refert antiquitas, eum seruum, quem dominus, actis interuenientibus, FILIVM SVVM NOMINAVERAT, LIBERVM fieri, licet ei hoc ad ius filii accipiendum non sufficiat *§. 12. Inst. de Adoption.*

HABES negotium, quod duos actus perfectos continet. Dominus enim seruum suum ADOPTARE in locum filii uoluerat, adeoque etiam LIBERTATEM ipsi DARE non detrectauerat, cum

a Cic. II. de Fin. c. 15.
b Cic. I. de Orat. 28. et II. de Natur. Deor. 13.
c Cic. in Orat. cap. 1.

cum nemo iura filii et familiae consequi possit, nisi qui libertate sit donatus. Prior actus ADOPTIONIS inutilis et nullus uidebatur, quia seruum duntaxat NOMINAVERAT filium suum, quod ad obtinendum ius filii, nulla solennitate adhibita, non sufficiebat. *l. 13. 14. C. de Probat.* Sed secius de parte posteriore illius actus iudicabimus, qua testator, cum seruum filium esse uellet, etiam libertatem illi dare uoluisse censetur. Nimirum LIBERTATIS DATIO, cum NVDAM VOLVNTATEM, nulla autem solennia, desideret, SOLA NOMINATIONE FILII continebatur. *l. un. §. 1. et 2. C. de Lat. libert. tollend.*

IGITVR appellatio filii non habet uim adoptionis, sed ualet ut manumissio, sine qua seruus adoptari non potest. Opportune enim PAVLLVS et VLPIANVS monuerunt, eum, qui PLVS possit et uelit, etiam MINVS posse, et uoluntate sua comprehendere, cum semper sub maiori etiam minus contineri uideatur. *l. 21. 26. 110. pr. 163. 165. D. de Reg. iur.*

GENERALITER igitur, si actu principali et maiori minus aliquod comprehendatur, quod omnibus numeris suis perfectum et absolutum est, hoc MINVS fructu et effectu non destituitur, quamuis PRINCIPALIS actus plenam substantiam non habeat, et propter defectum solennitatum, aut alia ex caussa, infirmetur. *l. 11. in fin. D. de Liber. et posthum.* Vnum duntaxat admonemus, si minor actus speciatim exceptus sit, ne sub actu principali comprehendatur, aut si conditio adiecta sit, ut ne minus quidem ualeat, nisi maius et principale negotium subsistat, tunc neutrum efficaciter allegari. *l. 7. §. 3. de Reb. eor. qui sub tut.*

IN ceteris igitur speciebus, nisi aliud actum fuerit, sub maiori actu, qui solennitatem desiderat, etiam minor comprehenditur, cuius substantia salua est, quamuis principalis actus nullus et irritus dicatur. Sed res disputatione uix indigeret, nisi PAVLLVS noster turbas daret, et sibi ipsi contrarius esse uide

uideretur in hoc argumento. Idem, inquam, ille PAVLLVS, qui antea in maiori ſemper etiam minus ineſſe dixerat. *l. 110. D. de Reg. Iur.* mox, mutata ratione, praecipit, ſi principalis cauſſa non ſubſiſtat, ne EA quidem VALERE, QVAE SEQVANTVR. *l. 129 et 178. D. de Reg. Iur.* Videtur igitur PAVLLVS omnino infructuoſum iudicare negotium, in quo cauſſa principalis non ſubſiſtat. Sed certius eſt, PAVLLVM non locutum eſſe de negotiis duobus perfectis et ſeparatis, quae uno actu continentur, ſed de his duntaxat, QVAE ſequuntur, tanquam EFFECTVS et INSTRVMENTA cauſſae principalis. Effectus enim et inſtrumenta corruunt, ſi cauſſa deficiat, ex qua effectus dependet, et propter quam media et inſtrumenta comparantur. Secius igitur iudicandum, ſi uno actu duo negotia perfecta et ſeparata, quorum utrumque per ſe uim ſuam habere et ſubſiſtere poteſt, comprehenſa fuerint. In his enim regulam iuris ſequimur; quod VTILE per INVTILE non uitietur, et quod ſub MAIORI MINVS etiam intelligatur.

IGITVR negotium principale inutile uim tamen negotii minus principalis, ſub eo comprehenſi, ſine dubio habebit, ſi modo ſolemnia minus principalis negotii ſalua ſint, et perfectam oſtendant uoluntatem. Quare efficitur, ut etiam adoptio inutilis, prout docuimus, ualeat tanquam manumiſſio, quae nullius ſolennitatis indiget, atque ipſa adoptione continetur. Non diſſimilem ſpeciem tractauit PAVLLVS *l. 132. D de Verbor. Oblig.* in qua quis filium alterius absque ſolennitate hac formula ſuſceperat: SE EVM NON ALITER QVAM FILIVM OBSERVATVRVM ESSE, et poenam ſtipulationi adiecerat, quam oluturus eſſet, ſi ipſe desereret officium parentis. Hac enim ſtipulatione, quamuis ius filii non acquiratur, ideoque haec adoptio nulla ſit, hoc tamen efficitur, ut filius, ita ſuſceptus et NVLLITER adoptatus, temere domo expelli aut exheredari et excludi emolumentis filii non poſſe uideatur. Et hoc quidem iure utimur, ſi ad ſtatum perſonarum pertineat negotium ſuſceptum.

V

NEGOTIA
QVAE AD IVS RERVM PERTINENT
INPRIMIS VLTIMAE VOLVNTATES
ET VSVCAPIONIS TITVLVS
EX PARTE INTERDVM VALENT
SI PARS QVAEDAM SIT PERFECTA.

Superest, ut de IVRE RERVM exponamus, et inprimis de VLTIMIS VOLVNTATIBVS et de usucapione, cuius beneficio contendimus ad ius reale consequendum. Non ero uerbosus in re manifesta. Superiori enim capite comprobatum est, in ambiguo eam interpretationem eligendam esse, cuius ope res potius SVSTINEATVR quam infirmetur *l. 12. et 24. D. de Reb. dub.* Non attingam, quae de CLAVSVLA CODICILLARI a multis copiose tradita sunt. [a] Constat enim inter omnes, illam efficere, ut testamentum, detracta quarta Trebellianica, ualeat ut codicillus ab intestato, uel ut fideicommissum, quamuis deficiant solennitates testamenti; dummodo illa non neglecta sint, quae ad formam substantialem codicilli et fideicommissi requiruntur. Vnum VLPIANVS monet, quod testamentum non ualeat ut codicillus, si testator NON VOLVERIT supremum iudicium suum ualere iure codicilli *l. 1. D. de Iur. Codicillor.* Sed in dubio, ut diximus, praesumitur enixa uoluntas testatoris, ut quacunque ratione ualeat omnino testamentum. Igitur VLPIANVM *in lege 1. de Iure codicillorum* de illa specie duntaxat interpretor, si testator expresse et luculenter declarauerit, quod nolit omnino successores ab intestato hereditatem suam attingere, cum hoc necessario fieret, si testamentum ualeret iure codicilli.

SED omittere non possum, quod SCAEVOLA *l. 76. D. ad SCtum Trebel.* tractauit. Ait enim, si pater filio heredi instituto PVPILLARITER SVBSTITVERIT in codicillis, inutilem

[a] Struu. S. I. C. Exercit. 34. §. 61. seq.

lem quidem esse sustitutionem, cum pupillaris substitutio septem testes desideret et omnem solennitatem perfecti testamenti; tamen benigna interpretatione receptum esse, ut hereditas substituto, QVASI EX FIDEICOMMISSO, debeatur. Ex hoc loco enim intelligitur, substitutionem INVTILEM, ut omnia testamenta IMPERFECTA, non prorsus uim suam perdere, si forma substantialis fideicommissi non neglecta sit in suprema testatoris voluntate.

SED maxime in LEGATORVM interpretatione obtinuit, ut, quamuis imperfecta, benignius accipiantur, ne pereat beneficium a testatore liberaliter relictum. Eo pertinet, quod si legatum sit Sempronio amico, et plures sint Sempronii amici, legatum illi relictum censeatur, qui maiore caritate et iure familiaritatis arctiori cum testatore coniunctus fuerit, quamuis imperfecta sint uerba testatoris *l. 10. pr. D. de Reb. dub*. Magis meretur obseruari, quod heres, qui iussus sit REM ALIENAM REDIMERE et legatario praestare, si redimere nequeat, AESTIMATIONEM seu PRETIVM illius rei legatario praestare teneatur; cum appareat, testatorem, dum rem alienam rediמi uoluit, quamuis redemtio sit impossibilis, tamen uoluisse pretium seu rem eiusdem pretii ad legatarium omnino peruenire. Hoc enim GAIVS noster docet *l. 14. §. 2. D. de Leg. III.* Dicemus igitur, legatum, cuius praestatio IMPOSSIBILIS EST, per se quidem infirmum atque nullum esse, sed eatenus tamen ualere, quatenus sub MAIORI legato etiam MINVS continetur. Cum itaque aestimatio sit res minor, quam ipsa res legato comprehensa, tamen minus illud, hoc est, aestimatio, debebitur, ut ita satis fiat uoluntati testatoris. a

GENERALITER IVSTINIANVS, mentem testatoris inspiciendam esse, ait, non haerendum esse in uerbis, ut ne uitium quidem TABELLIONIS heredi aut legatario noceat, si constet de mente testatoris *l. 24. C. de Testam. et quemadm.*

QVAE

a vid. Praesidis Differt. *de Legato tacito et implicito.*

QVAE cum ita ſint, fauemus negotiis etiam IMPERFECTIS, per quae dominium uel ius reale alicui acquiri debet, ſi illa poſſint interpretatione ſuſtineri. Opportune HERMOGENIANVS, legatum etiam non iure relictum, ait, VSVCAPI POSSE pro legato, ſi bona fide res fuerit poſſeſſa, quamuis ex titulo inutilis legati. *l. 9 D. pro Legato.* Hanc rationem ſemper uidetur ſecutus eſſe HERMOGENIANVS in definiendo iure VSVCAPIONIS, ut ſufficiat quoque titulus imperfectus, in quo perfectum aliquid contineatur. Igitur, quamuis ueditio, DONATIONIS CAVSSA facta, non ſit uera uenditio, tamen, ſi res tradita fuerit, ex HERMOGENIANI ſententia quaſi donata uſucapietur *l. 6. D. pro Donato.* Quandoquidem enim, qui donationis cauſſa uendidit, tacite donauit, et rem gratis ad alterum peruenire uoluit; ad uſucapionem ſufficere uiſa eſt donatio implicita, quae uenditione illa tacite comprehenditur. Sed de hoc argumento capite proximo trademus.

Diſcedam ab hoc loco, ſi de teſtamento PARENTVM NVLLO et INOFFICIOSO aliquid addidero, quod antea adiicere uolebam. Videlicet conſtat inter omnes, HEREDIS INSTITVTIONEM eſſe FVNDAMENTVM totius teſtamenti, quo ſublapſo, neceſſe eſt, omnia ACCESSORIA ſupremae uoluntatis corruere et INFIRMARI. Igitur, ſi per querelam nullitatis aut inofficioſi teſtamenti heredis inſtitutio reſciſſa fuerit, ſubtili iure non ſolum heredis inſtitutio, ſed totum etiam teſtamentum quaſi CADVCVM et NVLLVM uim ſuam perderet, ut ne legata quidem deberentur. Sed Imperatoris benignitas effecit, ut legata nihil ominus conſiſtant, quia ad officium liberorum pertineat, ut exſoluant legata; modo conſtiterit de PERFECTA et ENIXA uoluntate teſtatoris, *Nou. 115. cap. 3. ſeq.*

VI

ETIAM INTER VIVOS NEGOTIA
QVAE CONSENSVM PARTIVM DESIDERANT
SVBSISTVNT QVAMVIS IMPERFECTA SINT
DVMMODO ALIQVID PERFECTI CONTINEANT
IDEM IN CONTRACTIBVS IMAGINARIIS
ET IVRE FORMVLARIO OBSERVATVR
PRAESCRIPTIO PER CITATIONEM INTERRVMPITVR
QVAMVIS LIBELLVS SIT INEPTVS.

SATIS diximus de SVPREMA VOLVNTATE, ſed magis intereſt, ut de negotiis INTER VIVOS diligentius diſpiciamus. Mortui enim illi facile ignoſcent nobis, ſi quid praeter illorum uoluntatem, cuius fructus ad ipſos non pertinet, conſtituamus, et heredes, qui ex aruis alienis meſſem capiunt, etiam modico lucro contenti eſſe poſſunt, quamuis minus, ac teſtator uoluerit, ex obſcuro eius teſtamento conſequantur. Sed INTER VIVOS magis refert, ut negotia ſubſiſtant, de quorum prouentu ipſi gaudere poſſunt et ex quibus ipſi fructum aliquem utilitatis capiunt. Igitur haec quoque, quae INTER VIVOS geſta ſunt, interpretatione, ſi fieri hoc poſſit, ſuſtinemus atque confirmamus, ne prorſus irrita et caduca uideantur. Et primo quidem DECIVS ex PAPINIANI *Reſponſis* obſeruauit, poſſeſſionem rerum donatarum efficaciter infantibus tradi poſſe. Quamuis enim poſſeſſio, non ſolum corpore, ſed etiam ANIMO acquiri debeat, infans autem non habeat plenum ANIMI AFFECTVM; *l. 3. C. de acquir. uel retin. poſſ.* uiſum tamen eſt ſufficere, quod infantes plerumque malint rem, quam non intelligunt, habere quam amittere, qua uoluntate, quamuis imperfecta, uidentur acquirere poſſeſſionem.

SED maxime in CONTRAHENDIS NEGOTIIS iuris interpretes aliquid fragilitati dandum esse censuerunt, ut etiam imperfecta negotia, quae tota et integra non subsistunt, ex parte illa, quae PERFECTAM SVBSTANTIAM accepit, ita subleuentur, ne NIHIL ACTVM esse uideatur. Res erit luculentior in exemplis. Igitur pauca attingemus. Et primo quidem, licet expeditum sit, quod nihil magis consensum perturbet, quam VIS et ERROR; tamen ne ERROREM quidem prorsus infirmare negotia placuit. Valet enim emtio, si de CORPORE uendito et de GENERE MATERIAE consentiamus, licet in QVALITATE SPECIALI materiae fuerit erratum. Ita PAVLLVS rem definit *l. 21. §. 2. D. de Act. emt. et uendit.* sed subtili quidem iure, quoties ERROR in quacunque parte interuenerit, negotium deberet infirmari, quod VLPIANVS ex MARCELLO monuit *l. 9. D. de Contrahend. emt.* Enim uero, si in praecipuis partibus uere consensimus, obtinuit, contractum sustineri, et errorem actione emti atque praestatione eius, quod interest, corrigi, nisi ipse emtor, ob insignem errorem, malit discedere ab emtione *l. 11. §. 5. D. de Act. emti, et uendit.*

IMO uero longius processit benignitas interpretationis, ut sustineamus negotium, quamuis in IPSA SPECIE CONTRACTVS dissentiant illi, qui negotium susceperunt, modo in idem GENVS CONTRACTVS consensisse uideantur. Eleganter IVLIANVS hoc tractauit in illa specie, si quis nummos Titio dederit ANIMO DONANDI, sed TITIVS mox illos redditurus QVASI MVTVOS acceperit, adeoque non conuenerit inter partes, ex qua caussa nummi, ex mutuo an ex donatione, ad Titium translati sint. Sed IVLIANVS ait, dominium nummorum ad Titium transiisse, cum partes consenserint in GENERE contractus. *l. 36. D. de Acquir. rer. dom.* Vterque enim in eo conueniunt, quod nummi liberaliter ex CONTRACTV BENEFICO ad Titium peruenire debeant, ex mutuo uel ex donato; quapropter non infirmum est negotium, quamuis illud subtili iure impugnari posse arbitretur VLPIANVS. *l. 18. D. de Reb. cred.*

credit. Sed de hoc argumento alio loco copiosius exposui. [a]

EODEM pertinet, quod NOVATIO debiti, quamuis inutiliter facta et uitiosa sit, LIBERATIONEM prioris debitoris continere uideatur, quod supra obseruatum est ex §. 3 *Instit. quibus mod. tollit. oblig.* Nimirum possumus etiam inuitum et ignorantem NVDA VOLVNTATE liberare. *l. 53. D. de solut.* Sed qui NOVARE uult, id agit, ut priorem obligationem dimittat, nouam constituat. Igitur, quanquam noua obligatio sit irrita, tamen ualebit ut remissio debiti prioris, quae perfecta est, et nuda uoluntate fieri potest, atque ipsa nouatione continetur. Debitor ergo prior liberatur, nisi Praetor interueniat ex singulari caussa aequitatis.

DE CESSIONE VSVSFRVCTVS antea diximus, quod NVLLA sit, si extraneo cedatur; sed, quia tamen cessio illa RENVNCIATIONEM ususfructus continet, quae semper permissa est fructuario, cessio ususfructus VT RENVNCIATIO ualebit, quare ususfructus redibit ad dominum proprietatis. *l. 15. D. Fam. ercisc.* Sed de CESSIONE ACTIONIS et HYPOTHECAE iudicialis interdum acrius disputatum est. Haec enim cessio nominis proprie est VENDITIO, continet autem etiam MANDATVM, quandoquidem cessionarius, VT PROCVRATOR IN REM SVAM, non proprio, sed CEDENTIS, NOMINE agit, adeoque easdem exceptiones timere debet, quae cedenti efficaciter opponi possent. *l. 66. §. 2. D. de Euict.* Imo uero iure Saxonico Electorali sapientissime constitutum est, ut, si cessionarius ex iure cesso agat, non solum ipsi, sed etiam cedenti, in eadem lite iuramentum deferri possit, quasi ipse cedens litem instituerit per procuratorem suum. *Ord. Proc. Sax. Recogn. Tit. 18 §. 6.* At uero, ut diximus, res illa aliquando in controuersiam adducta est, an cessione hypothecae iudicialis inutili mandatum etiam contineatur

a uid. Praesidis dissertatio: *de proprietate rei donatae ad eum, qui quasi mutuam accepit, transeunte.*

tur. Extraneus quidam creditor, iurisperitissimus, sed Iuris Saxonici immemor, fratri suo hypothecam iudicialem priuatim cesserat, hoc consilio, ut frater per Aduocatum suum debitum peteret et exigeret a debitore, utque ambages mandati specialis euitaret. Vere suberat mandatum, quod ex uerbis, ut frater debitum NOMINE CEDENTIS exigeret, er solle die Schuld an seine Statt eintreiben, luculenter apparebat. Sed cessio hypothecae NVLLA ERAT, cum haec quidem absque iudicis confirmatione non subsistat: quod in Saxonia Electorali lege speciali cautum est. *Ord. Proc. Sax. Rec. Tit. 46. § 2.* Interim debitor facultatibus lapsus conturbauerat. Orto CONCVRSV CREDITORVM, cessionarius petebat debitum in termino liquidationis, quem dicunt. Curator litis excipiebat, CESSIONEM PRIVATIM FACTAM OMNINO NVLLAM ESSE, hinc nec cessionario hypothecam competere, neque cedenti, qui iuri suo renunciauerit per inutilem cessionem hypothecae, et qui ipse certe debitum per mandatarium petere debuisset in termino liquidationis, in quo omnes creditores sub POENA PRAECLVSI adesse iussi erant. Cessionarius replicabat, HAC CESSIONE MANDATVM CONTINERI, et, quamuis cessio nulla sit propter defectum confirmationis, tamen hanc cessionem ualere VT MANDATVM, quod nullam confirmationem iudicis requirat. Res in ambiguum adducebatur. Enim uero, si ex IVRE COMMVNI respondeamus, nisi aliud LEGE PROVINCIALI cautum sit, certius est, hanc CESSIONEM VALERE VT MANDATVM, et rem ita accipiendam esse, ac si creditor cedens ipse per mandatarium hypothecam suam allegauerit in termino liquidationis, ne iure suo excludatur. Est enim poena priuationis odiosa, neque, nisi speciatim ipsi legi adiecta sit, locum inuenire solet. Non obstat, quod FRVCTVARIVS ius suum AMITTAT, si extraneo cedat usumfructum. Nimirum fructuarius, dum usumfructum extraneo cedit, ALIAM PERSONAM in locum suum SVBSTITVIT CVM INCOMMODO domini proprietatis; cum substitutus, integer forte et adolescens, diutius

tius usumfructum usque ad mortem suam retinere possit, quam primus fructuarius senex et infirmus. Igitur amittitur ususfructus per cessionem inutilem, ne dominus incommodo afficiatur. At uero, per cessionem hypothecae priuatam, conditio debitoris NON FIT DETERIOR, cum eaedem cessionario exceptiones opponi possint, quae cedenti obstant. Quare, si nihil in fraudem legis gestum sit, facilius toleramus cessionem hypothecae quam ususfructus, et poenam priuationis certe remittimus in negotio, quod fauorem aliquem meretur. In hac specie igitur CESSIO hypothecae INVTILIS VALEBIT VT MANDATVM.

EODEM iure utimur in TRANSACTIONIBVS, quae iure subtili tunc demum uim suam habent, si DE RE DVBIA fuerit transactum. *l. 1. D. de Transact.* Qua re efficitur, ut de RE IVDICATA proprie transigere nequeamus; quandoquidem res iudicata tollit DVBITATIONEM et CERTVM ALIQVID definit. *l. 32. C. de Transact.* Sed licet tamen uictori MINVS ACCIPERE, quam ipsi adiudicatum erat. Igitur, si uictor transegerit cum uicto, ut MINVS SOLVATVR, PARTEM debiti REMISISSE censebitur, et transactio inutilis ualebit ut PACTVM REMISSORIVM, quod TRANSACTIONE illa CONTINETVR et semper permissum est modesto creditori.

RES plus difficultatis habet in NVDIS et IMAGINARIIS CONTRACTIBVS, ueluti, cum quis rem VENDIT pretio constituto, sed illud pretium se non exacturum esse promittit ANIMO DONANDI. Constat, VENDITIONEM NVLLAM esse, cum SVBSTANTIA huius contractus requirat, ut res PRO PRETIO uendatur, et PAVLLVS doceat, rem nequidem ALIENARI PER IMAGINARIAM VENDITIONEM *l. 55. D. de Contrah. emt.* Possit igitur dubitari, an non hac uenditione, quamuis INVTILI, DONATIO contineatur quae sine pretio constituto perfecta est. Certius uidetur, si nihil in fraudem legis gestum sit, uenditorem pretium

D 3

tium exigere non posse, cum exceptione REMISSIONIS submoueri queat. Apposite enim HERMOGENIANVS monet: *l. 6. D. pro donato*, DONATIONIS CAVSSA facta uenditione, non pro emto, sed pro DONATO rem traditam VSVCAPI. Quae cum ita sint, donatio continebitur imaginaria uenditione. Tolerabantur hi contractus iure ueteri in emancipatione liberorum, in testamentis per aes et libram, in dotis constitutione *l. 66. D. de iure dot.* et quoties aequitas illud suggerebat. Nos quoque in Geradae et Heergeuuettae uenditione, propter summum huius negotii fauorem, non adeo scrupulosi sumus, quamuis uenditio illa imaginaria esse uideatur. Ausim igitur affirmare, PAVLLVM in *l. 55. D. de Contrah. emt.* in qua prorsus damnat nudam et imaginariam uenditionem, de illa specie intelligendum esse, si negotium in fraudem legis susceptum fuerit, aut si partes non VERE CONSENSERINT in donationem, sed NIHIL AGERE et nugari uoluerint imaginaria uenditione. Secus igitur iudicandum est, si CONVENERIT inter partes, ut sit donatio, et donator solo pallio atque inani titulo imaginariae uenditionis rem texerit, forte ne heredes eius indignentur, si uideant sibi aliquid eripi aperta et explicita donatione.

NON absimile est illud, quod PROMISSIO FACTI ALIENI REM IMPOSSIBILEM contineat, adeoque INVTILIS esse uideatur, sed, si tamen POENA CONVENTIONALIS, cuius promissio PER SE PERFECTA est, huic stipulationi adiecta sit, poena peti possit ex INVTILI CONTRACTV, qui duas promissiones, alteram facti alieni inutilem, alteram efficacem poenae stipulationem continet, *§ 20. Instit. de inutil. stipulat.*

HOC igitur iure in contractibus utimur, ut etiam inutile negotium ualeat, quod duplicem actum, alterum imperfectum, alterum perfectum, continet, ut ex parte perfecta fructus aliquis sperari possit. De IVRE FORMVLARIO, quod alias subtile et scrupulosum est, tribus uerbis aliquid monebo. Constat, in CRIMINALI iudicio, et quoties de poena delicti quaeritur,

LEV-

LEVTERATIONEM non admitti. Sed Leuteratio tamen continet speciem DEFENSIONIS, quae permissa est in quaestione delictorum. Saepe reorum Aduocati contra sententias, in quibus non solum caussa ciuilis decisa est, sed etiam POENA delicti reis irrogata, LEVTERATIONIS REMEDIO utuntur, etiam ut poena MITIGETVR. Et obtinent mitigationem poenae, si argumenta grauia adducant; cum Leuteratio, quantum ad delicti poenam attinet, pro defensione accipienda sit, quae nunquam fere reis denegatur.

EXTREMO de LIBELLO INEPTO constat, illum, quasi nunquam prolatus fuerit, pro NVLLO et INVTILI haberi, neque efficere, ut IVS PRAEVENTIONIS aut LITIS PENDENTIS allegari possit, quamuis iudex reum citauerit, ut respondeat ad ineptum et inutilem libellum. Sed INEPTO etiam libello actor declarat ANIMVM PERSEQVENDI IVS SVVM IN IVDICIO, et sufficit ad PRAESCRIPTIONIS INTERRVPTIONEM INTERPELLATIO IVDICIALIS, qua serio testamur, nos ius nostrum dimittere omnino noluisse, quamuis igitur libellus ineptus uim litere belli plenam non habeat, tamen PRAESCRIPTIO per illum INTERRVMPETVR, si aduersarius citatus fuerit a Magistratu. Sapientissime enim in Saxoniae Electoratu constitutum: Wann auch schon die Klage angebrachter massen verworffen worden, soll dennoch die vorher ergangene Citation EFFECTVM INTERRVMPENDAE PRAESCRIPTIONIS, keines weges aber praeuentionis et litis pendentiae, haben, *Ord. Proc. Saxon. Rec. Tit.5. §. 4.*

HAEC igitur, de quibus adhuc disputauimus, uim quidem aliquam exerunt et fructum pariunt, sed tamen, ut antea monui, imperfecta atque etiam NVLLA appellantur, quia non EXPLENT consilium illius, qui negotium suscepit. Elegantissime VELLEIVS PATERCVLVS[a] M. Antonium de caede Ciceronis frustra sibi plaudentem hac formula deridet: „NIHIL EGISTI, M. Anto-

[a] Velleius Paterculus Historiar. Rom. Lib. II. cap. 66.

„Antoni, NIHIL, inquam, EGISTI, mercedem coelestissimi
„oris et clarissimi capitis abscissi numerando. RAPVISTI tu
„M. Ciceroni lucem sollicitam et aetatem senilem et uitam
„miseriorem te principe, quam sub te triumuiro mortem:
„famam uero gloriamque factorum atque dictorum adeo NON
„ABSTVLISTI, VT AVXERIS. Viuit, uiuetque per omnem se-
„culorum memoriam, omnisque posteritas illius in te scripta
„mirabitur, tuum in eum factum execrabitur, citiusque mundo
„genus hominum, quam laus eius, cadet."

SED haec quidem de fructu et effectu negotii inutilis et imperfecti in mentem uenerunt. Plura addere non uacat.

